

## **Los Incapaces del Ejercicio en el Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998 <sup>(1)</sup>**

Enrique STEIN

El art. 19 a los incapaces de hecho los llama incapaces de ejercicio y los enumera: a) personas por nacer, b) los menores, con las excepciones previstas en la ley y c) los interdictos por causas psíquicas, en la medida judicialmente dispuesta.

Con relación a los actuales artículos 54 y 55 del Código Civil en primer lugar vemos que se ha eliminado la distinción entre incapaces absolutos y relativos siguiendo así lo propugnado por nuestra doctrina nacional <sup>(2)</sup>, de allí la unificación de los menores impúberes y púberes en una sola categoría. En segundo lugar se ha eliminado como causal de incapacidad a la sordomudez como también lo viene propiciando la doctrina. En tercer lugar se habla de interdictos por causas psíquicas en vez de dementes siguiendo los lineamientos de la legislación comparada actual.

Mi exposición tratará en forma sucesiva a los menores y luego a los interdictos por causas psíquicas. En cuanto a las personas por nacer en nada se ha cambiado la actual legislación y a pesar de lo que se dice, por ahora, siguen siendo los únicos incapaces absolutos de ejercicio.

### **I.- La incapacidad de ejercicio de los menores**

A.- Para el proyecto la capacidad de ejercicio (art. 19) se va adquiriendo en forma gradual. ¿Cuál es la razón por la cual la ley otorga capacidad a los menores para celebrar algunos actos? La respuesta la da el art. 248, que estatuye que los menores tienen discernimiento para los actos lícitos desde los 14 años y para los ilícitos desde los 10 años. En otras palabras, volvemos al actual art. 921 y nuevamente se clasifica a los menores en impúberes y adultos, aunque sin decirlo. Por supuesto, que lo que tan enfáticamente establece este art. 248, el articulado del proyecto se encarga de contradecirlo ya que:

a) Los menores, cualquiera sea su edad, pueden concertar los actos usuales correspondientes a su edad y condición. En Francia, mediante la ley 64-1230 del 14-12-64 se introdujo igual solución, arts. 389-3 y 450. Por lo tanto

una costumbre contra legem se transforma en secundum legem.

b) Los menores, deben ser oídos: para el discernimiento de la tutela si están en condiciones de formarse un juicio propio (art. 58), en caso de desacuerdo de los padres si están en igual condición (art. 572) y en caso de adopción, si cuentan con madurez para dar su opinión. En los Fundamentos se recalca la influencia de la Convención sobre Derechos del Niño <sup>(3)</sup> en cuanto a que debe oírse al hijo en caso de desacuerdo de los padres, aunque es oportuno recordar que dicha solución ya ha sido incorporada al Código por la ley 23.264, art. 264 ter. Lo interesante es que se establece el mismo principio para el discernimiento de la tutela. Es bueno recordar que el art. 12 de la Convención mencionada, que tiene jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 Constitución nacional), establece que el niño que está en condiciones de formarse un juicio propio, es decir que tiene discernimiento, tiene derecho a expresar su opinión en los asuntos que le conciernen. Considero que estamos ante un principio que deberá ir cumpliéndose cada vez más. <sup>(4)</sup>

c) La mujer puede reconocer a su hijo extramatrimonial sin autorización y a cualquier edad, lo que puede inferirse del art. 543, parr. 2

d) Los menores pueden casarse con dispensa (art. 406) antes de las edades establecidas, 16 en la mujer y 18 en el varón

e) Menor con título habilitante puede ejercer su profesión desde que obtiene el título, puede administrar y disponer de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella (art. 24)

f) Prestación de servicios. Los padres representan a sus hijos que aún no han cumplido 14 años en la contratación de sus servicios, con asentimiento de ellos si están en condiciones de prestarlos (art. 585). No tienen que tener título habilitante. Esta innovación, indudablemente pensada para los niños que trabajan en televisión es altamente cuestionable ya que el problema radica en diferenciar los servicios de un trabajo, teniendo en cuenta que este último es un contrato de locación de servicios. Por esta vía queda anulada toda nuestra legislación laboral en cuanto al trabajo del menor. Por lo tanto sería deseable que se aclarase y también se tratase el tema de la administración de los bienes obtenidos con trabajo.

g) A partir de los 10 años pueden adquirir el poder de hecho sobre una cosa (art. 1863) por lo que el plazo de prescripción para adquirir un inmueble se computa desde dicha edad como ahora.

h) La mayor flexibilidad del nuevo régimen de incapacidad de los menores está dado por la última parte del art. 248, donde se admite que el tribunal, conforme a las circunstancias personales del sujeto, puede considerar con discernimiento para los actos lícitos aun a quienes tienen menos de 14 años.

En los Fundamentos <sup>(5)</sup> se sostiene que este criterio ha sido propiciado

por la más autorizada doctrina argentina y cita como antecedente el proyecto de la Comisión decreto 468/92

Ahora bien ¿en qué consiste esta flexibilidad?. En primer lugar esta norma debe ser relacionada con otras que hemos visto: los arts. 58, 572, 653 que tratan casos en que los menores deben ser oídos, siempre que estén en condiciones de entender, de formarse su propio juicio, cualquiera sea su edad. Otro caso, el de la dispensa para el matrimonio. En segundo lugar cabe preguntarse a qué otros actos lícitos se puede referir la norma; a manera de hipótesis, podría darse en algunos de los supuestos de actos permitidos a menores de 14 años que trato seguidamente: arts. 1246, 356, 62 y 73. En tercer lugar para celebrar estos actos lícitos los menores de menos de 14 años deben contar con discernimiento y además el acto debe estar dentro de los autorizados por la norma (es decir, aquellos para los cuales la ley otorga capacidad a los menores para su ejercicio).

h) el proyecto no deroga la ley de Transplantes, por lo tanto, el menor, con autorización, puede ser dador de médula ósea.

- A partir de los 14 años, cuando los menores cuentan con discernimiento, pueden, además de los actos ya vistos:

a) estar en juicio penal seguido contra él (art. 25 inc. a). En realidad la norma debe entenderse en el sentido que podrá prestar declaración indagatoria, pero en lo que hace a su defensa debe ser hecha por un profesional <sup>(6)</sup>. Entiendo que para ejercer la acción civil en juicio penal, en las provincias donde aún es posible, necesita autorización, conforme al inc. d del mismo artículo.

b) reconocer hijos (art. 25 inc. b).

c) trabajar con autorización (según se desprende de la Ley de Contrato de Trabajo), otorgar los actos o contratos concernientes al trabajo y estar en juicio relativo a él (art. 25 inc.c). También administran los bienes que obtienen con el trabajo (art. 25 inc. e y art. 590 inc. b), pero no disponen como sucede actualmente<sup>(7)</sup>. De acuerdo al juego de los arts. 589 y 584 inc. d corresponde a los padres la celebración de los actos de disposición con autorización judicial. El art. 64 inc. a somete a los tutores al mismo régimen.

Es una lástima que no se aproveche esta reforma para dar cumplimiento al convenio 138 de la OIT, aprobado por ley 24.650, que fija como edad mínima de admisión al empleo la de 15 años.

d) promover juicio civil contra un tercero, con autorización (art. 25 inc. d). No modifica al actual art. 282. Lo que queda aclarado es que el menor, con autorización, sólo puede comparecer como actor pero no como demandado.

e) pueden ser mandatarios (art. 1246) y representantes a pesar de la defectuosa redacción del art. 356.

f) el menor bajo tutela puede reclamar del tribunal las providencias ne-

cesarias para remediar la incuria del tutor (art. 62 párr. 2)

g) el menor puesto bajo tutela por el Tribunal sin que hubiera habido denuncia (art. 56, 3º párr.) puede pedir al tutor la rendición de cuentas (art. 73)

- A partir de los 16 años, al igual que ahora:

a) la mujer puede casarse con autorización (arts. 405 inc. e y 407)

b) donar sangre con autorización (art. 44 ley 22.990 que queda vigente).

La mayoría de edad se logra, en el proyecto, a los 18 años (art. 20), aunque subsiste el deber alimentario de los padres hasta los 25 años en tanto la prosecución de los estudios o la preparación profesional le impida al menor proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente (art. 583).

Creo que para rebajar la mayoría de edad a los 18 años no se han tenido en cuenta los datos que arroja nuestra realidad y que son noticia recurrente de la prensa: el bajo nivel que alcanzan las evaluaciones que se toman a los alumnos de los últimos años de la escuela secundaria en lengua y matemática que demuestran la dificultad de entender y razonar. A pesar de ello se está capacitando a los jóvenes para que ejerzan por sí mismos sus derechos subjetivos, pudiendo celebrar todo tipo de actos y negocios jurídicos.

Desaparece la habilitación de edad, instituto que presentaba una falencia importante, al hacerla revocable. Podría haberse dejado la mayoría a los 21 años y al mismo tiempo se podría haber incorporado la declaración de mayor de edad por decisión de los padres que cuenta con aval doctrinario<sup>(8)</sup>. Creo que se ha hecho una conseción al consumismo que caracteriza nuestra época, defecto en el cual han caído también los países del Mercosur<sup>9</sup>.

Otras normas que han quedado redactadas sin tener en cuenta que la mayoría se adquiere a los 18 años, son las que se refieren al matrimonio de menores (art. 405 inc. e) y en especial el art. 407 que estatuye que éstos necesitan de la autorización de los padres para casarse. En realidad la única que necesita de la autorización es la mujer, entre los 16 y 18 años, el varón no. Si éste último no tuviese 18 años o la mujer 16 años, el matrimonio se contraería previa dispensa judicial (art. 406).

#### B. Primeras reflexiones

En los fundamentos<sup>(10)</sup> del Proyecto se dice que en materia de representación de los padres se han dispuesto excepciones basadas en el derecho español y al leer el art. 584 vemos que se exceptúa en el inc. a) a los actos que el hijo de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez puede realizar por sí mismo.

Como ya lo dijera, el proyecto no reforma demasiado el régimen de incapacidad de los menores. Al contrario, se puede decir que con algunos va-

riantes, deja vigente el actual porque se sigue aferrando en otorgar discernimiento para los actos lícitos a los menores a partir de los 14 años, aunque reconoce numerosas excepciones. Algunas de ellas no estaban en el Código original sino que fueron incorporadas por las leyes 23.264, 23.515 y 24.779, normas todas que regulan la familia.

Lo interesante del derecho civil español es que además de establecer normas similares en materia familiar, leyes del 13-V-1981, del 7-VII-1981 y 24-X-1983, se ha producido un cambio radical en la concepción de los menores: ahora son considerados personas capaces con limitaciones <sup>(11)</sup>. Se toma en cuenta la capacidad natural de las personas, su suficiencia de juicio, su condición de madurez, lo que nosotros llamamos discernimiento. Incapaces son quienes no pueden gobernarse a sí mismos y las causas se encuentran en las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico según prescribe el art. 200 del Código Civil español <sup>(12)</sup>. En esta legislación la limitación de la capacidad de los menores está dada para su protección <sup>(13)</sup>. En la esfera personal y familiar la actuación de estos es amplia (deben ser oídos en muchos casos), en otros necesitan autorización y en la esfera patrimonial es donde se encuentran la mayoría de actos que no pueden celebrar por sí y para los cuales se establece la representación.

El proyecto no se aventura en una modificación tan radical pero no sería extraño que en el futuro, en la próxima reforma que se planteará ni bien se sancione ésta, se plantee el criterio mencionado.

## **II.- Los interdictos por causas psíquicas**

En esta materia el Proyecto innova de manera encomiable siguiendo los lineamientos aconsejados por la doctrina jurídica especializada <sup>(14)</sup> basados en la nueva psiquiatría y en la legislación comparada <sup>(15)</sup>. Entre las reformas más interesantes destaco las siguientes:

a) El cambio de denominación, no se habla de dementes, ni de insanos sino de interdictos por causas psíquicas, por cuanto podrán ser interdictas las personas que por causas de enfermedad mental o insuficiencia o debilitación de sus facultades psíquicas sean ineptas para dirigir su persona o administrar sus bienes (art. 27).

Interdictos viene a ser ahora la denominación jurídica de todas éstas personas con cuadros psíquicos severos <sup>(16)</sup>. Si el cuadro no es grave, será considerado un disminuido en sus facultades psíquicas y podrá ser declarado inhabilitado (art. 42), como sucede actualmente.

b) La flexibilización en el régimen jurídico: de acuerdo al art. 32 en la sentencia se deberá determinar la extensión y los límites de la incapacidad. A tales efectos se determinará qué actos podrá realizar por sí mismo o con asis-

tencia del curador. Por lo tanto se lo podrá capacitar para actos jurídicos familiares, actos de disposición de los derechos de la personalidad (arts. 108, 110, 112), actos de administración, testar, determinándose en que casos deberá también contar con la asistencia del curador. La nómina de actos puede irse ampliando (art. 41, 2º parte).

c) Se ordena el tratamiento de la materia legislando todo lo atinente al interdicto, el proceso, la internación y el valor de los actos otorgados ya sea por los interdictos declarados y de los no declarados en los arts. 27 a 41 y lo referido a la curatela y personas que pueden ser curadas en los arts. 82 a 84.

Además se han incorporado modificaciones, algunas desde hace mucho propiciadas: 1) entre los legitimados para solicitar la interdicción se menciona al propio interesado (art. 28 inc. d) y se ha eliminado al cónsul si es extranjero o al vecino del pueblo si el demente fuera furioso (art. 144 incs. 4 y 5 del Código vigente); 2) el denunciado es parte del proceso (art. 29) sin perjuicio de nombrársele un curador al litem; 3) en materia de internaciones en el art. 33 se establece que en la sentencia o después de dictada se puede disponer la internación, sujeto a requisitos y en el art. 34 se habla de otras internaciones, refiriéndose a las que el Tribunal dispone sobre personas no denunciadas ni declaradas interdictos, todo ello sometido a ciertos requisitos, debiendo, establecerse la duración y finalidad, vencido el plazo sólo podrá ser reiterada si se denuncia como interdicta o inhabilitada a la persona con alteraciones psíquicas; 4) en cuanto a la validez de los actos se sigue el esquema actual mejorando la redacción de los artículos vigentes. Es de destacar que con la redacción propuesta en el art. 38 sobre actos anteriores queda eliminada la posibilidad de extender la interpretación de que los actos celebrados por el interdicto declarado, después de la sentencia puedan ser válidos si el cocontratante es de buena fe y a título oneroso <sup>(17)</sup>.

## B.- Segundas reflexiones

El Proyecto en esta materia de interdictos por causas psíquicas reforma profundamente el Código vigente al quitarle la rigidez al actual régimen: o se es sano y capaz o demente y casi totalmente incapaz. La forma de abordar el tema indica que se han tenido en cuenta los criterios psiquiátricos vigentes que no pueden ser ignorados por los juristas y el legislador. El nuevo régimen está pensado para integrar al enfermo mental o a quienes padezcan insuficiencia o debilitamiento psíquico a la sociedad y no para que se los aísle. Al otorgarles capacidades parciales para determinados actos se los ayuda a estar en el mundo, a desarrollar ciertas actividades y también, en lo posible, a constituir una familia.

Lamento, sin embargo, en primer lugar que no se haya previsto que

personas con problemas físicos graves también puedan ser interdictas. Como ya lo mencionara para el sistema español incapaces son únicamente los que no pueden gobernarse a sí mismos por causa de enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico. El Código Civil francés establece en el segundo párrafo del art. 440 que los regímenes de protección de las personas con facultades mentales alteradas serán aplicables a las personas con alteraciones físicas que les impidan manifestar su voluntad.

El art. 42 del proyecto permite que se inhabilite a los disminuidos en sus facultades físicas o psíquicas y sin embargo no sigue el mismo criterio para declararlos interdictos. Mi preocupación nace del hecho que se sigue ignorando por parte de los juristas los problemas que presenta el paciente afásico, que son de orden neurológico y no psíquico. Tal como está planteada la reforma, ahora no cabe duda que el afásico con problemas de expresión del lenguaje podrá ser inhabilitado pero si además presenta problemas en la comprensión del lenguaje, no existe una solución a menos que lo pongamos a nivel de un enfermo mental o de una persona con insuficiencia o debilitación de sus facultades psíquicas, como desgraciadamente sucede actualmente <sup>(18)</sup>. El problema neurológico recae sobre la declaración de la voluntad y no sobre el discernimiento, porque no es de orden psíquico y en ambos casos para que se pueda declarar la incapacidad jurídica la persona además debe ser inepta para dirigir su persona o administrar sus bienes.

En segundo lugar lamento que no se exija al escribano que además de los datos personales mencionados en el art. 282 también deje constancia que las personas intervinientes en el acto son capaces. Esta información puede ser requerida al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas ya que a partir de la inscripción de la incapacidad los actos realizados son inválidos (art. 37) y todo ello teniendo en cuenta que quien contrata de buena fe y a título oneroso con un incapaz no podrá alegar estos extremos para validar el acto, como es factible sostener hoy en base al art. 473 <sup>(19)</sup>.

(1) Todas las citas del proyecto se hacen en base al Proyecto del Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, Buenos Aires, Abeledo Perrot 1999.

(2) *Ibidem*. Fundamentos del Proyecto de Código Civil, pág. 22 n° 4.

(3) *Ibidem*, n° 99, pág. 40.

(4) Por el tema de los principios ver Lorenzetti, Ricardo L. Las normas fundamentales de derecho privado, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni 1995, pág. 261.

(5) *Ibidem* n° 39, pág. 28.

(6) D'Antonio, Daniel H. Nuevo régimen legal de la patria potestad. Ley 23.264, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni 1985, pág. 215, lo sostiene con respecto al actual art. 286.

(7) Se ha tomado en cuenta la crítica que fuera hecha por Llambías, Jorge J. Tratado de Derecho Civil - Parte General, Buenos Aires, Ed. Perrot, 4° ed. actualizada, 1970, T. I, cita n° 68 bis 2, pág. 450, cuando a su Tratado incorpora y estudia las reformas de la ley 17.711.

- (8) Rivera, Julio César. *Habilitación de edad*, Buenos Aires, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 1978, págs. 298 y 302. Este mismo autor, en su obra *Instituciones de Derecho Civil - Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, reimpresión 1977, T. I, pág. 403 considera inconveniente fijar la mayoría de edad a los 18 años.
- (9) Lo que sucede en los demás países del Mercosur es la razón que se da en el Proyecto, op. cit. Fundamentos, párr. 5, pág. 22.
- (10) *Ibídem*, n° 103, pág. 40.
- (11) Gete - Alonso, Ma. del Carmen. *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Madrid, Ed. Civitas S. A. 1985, pág. 26.
- (12) *Ibídem*, pág. 28.
- (13) *Ibídem*, pág. 29.
- (14) Ver: Cifuentes, Santos - Rivas Molina, Andrés - Tisconia, Bartolomé. *Juicio de Insania. Dementes, sordomudos e inhabilitados*. Buenos Aires. Hammurabi, 1997, 2° ed. Cap. VIII: Aportes para la reforma del régimen legal civil de incapacidad por enfermedades mentales, pág. 264 y sgtes.; Tobías, José W.: *Enfermedad mental y Derecho Privado - L. L. 1997 - F - Sec. doctrina*, pág. 1398; Kraut, Alfredo J. *Los derechos de los pacientes*. Buenos Aires, Abeledo Perrot 1997, pág. 331.
- (15) Proyecto, op. cit. Fundamentos, pág. 23 n° 7.
- (16) El Proyecto de 1936 utilizó la palabra interdicción para el tratamiento de esta materia, cfr. Rivera, Julio César, *Instituciones del Derecho Civil - Parte General*, op. cit., pág. 428.
- (17) Criterio que sustenta Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil - Parte General*. Buenos Aires, Ed. Perrot 1976, 6a. ed., T. I. pág. 485 en base a que el art. 473, 2° párr. dice que la nulidad no podrá hacerse valer, haya o no sentencia de incapacidad.
- (18) La Ley del 19/6/98, pág. 5, fallo 97.335, con nota a fallo de Xanthos. Sobre el tema del enfermo afásico y su tratamiento jurídico existe poca bibliografía. Puede verse: Bonnet, E. F. P. *Psicopatología y psiquiatría forenses*. Buenos Aires, López Libreros Editores S. R. L. 1984 - Tomo II, págs. 1521 y sgtes.; Grosman, Cecilia, *Capacidad Jurídica del enfermo afásico*, en *Revista Fonoaudiológica*, Buenos Aires 1983, Tomo 29 n° 1, pág. 42; Stein, Enrique, *La capacidad civil del enfermo afásico*, en *Revista de la Asociación Civil A. D. I. N. A.*, Rosario 1996, n° 1.
- (19) Ver cita n° 1 17.